

Übersicht zur Vergabe von Patientenportalen gem. KHZG





Contents

Disclaimer	3
Präambel	4
Anwendbare Gesetze und Vergabevorschriften	5
Vorrang der Losaufteilung	6
Wirtschaftliche Betrachtung	11
Möglichkeiten der Direktvergabe	12
Zusammenfassung	13
Anlagenverzeichnis	14
Kontakt	15



Disclaimer

Es handelt sich bei diesem Dokument um keine Form der Rechtsberatung im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG, sondern lediglich um eine Stellungnahme der Recare Deutschland GmbH zu dem Sachverhalt der Vergabe von Aufträgen zum Patientenportal im Rahmen des Krankenhauszukunftsgesetzes. Es obliegt jedem Träger selbst, sich die entsprechende Rechtsberatung einzuholen.



Präambel

4,3

Milliarden Euro

2%

des stationären und
teilstationären Umsatzes
drohen

Die Digitalisierung der Krankenhäuser rückt mit dem am 18. September 2020 im Bundestag beschlossenen Krankenhauszukunftsgesetz (das "KHZG") in den politischen Fokus. Bund und Länder stellen dabei 4,3 Milliarden Euro zur Verfügung, damit Krankenhäuser in moderne Notfallkapazitäten, Digitalisierung und IT-Sicherheit investieren können. Die inhaltlich wichtigsten Konsequenzen ergeben sich dabei aus der durch das KHZG resultierenden Änderung der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung (nachfolgend "KHSFV") und einer Anpassung des Krankenhausentgeltgesetzes (nachfolgend "KHEntgG").

In der KHSFV werden die förderfähigen digitalen Services aufgelistet.

Das digitale Patientenportal wird dabei nach § 19 Absatz 1 Nummer 2 KHSFV gefördert. Außerdem ist die Nutzung von digitalen Patientenportalen nach den Neuerungen im KHEntgG durch das KHZG nun auch gesetzlich vorgeschrieben, da sonst Abschläge von bis zu 2 % des stationären und teilstationären Umsatzes drohen (vgl. Neufassung § 5 Abs. Absatz 3h KHEntgG). In der Förderrichtlinie des BAS¹ (die "Förderrichtlinie") wird dieser in drei Untertatbestände unterteilt: Das digitale Aufnahmemanagement (Punkt 4.3.2.1), das digitale Behandlungsmanagement (Punkt 4.3.2.2) und das digitale Entlassmanagement (Punkt 4.3.2.3). Es ist erforderlich, dass die MUSS-Kriterien **von allen drei Untertatbeständen vollständig erfüllt sind, damit §19 Abs. 1 Nr. 2 als implementiert gilt**. Das heißt, dass bis 2025 jedes Krankenhaus in Deutschland jeweils ein digitales Aufnahme-, Behandlungs- und Entlassmanagement im Sinne der Förderrichtlinie vorweisen muss. Das geht aus Punkt 4.3.2 der Förderrichtlinie hervor: *"Zur Erfüllung der funktionalen Anforderungen eines Patientenportals nach (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KHSFV) sind sämtliche MUSS-Kriterien in 4.3.2.1, 4.3.2.2 und 4.3.2.3 umzusetzen."*

Für die Förderung des Patientenportals wird im Rahmen des Zuwendungsrechts der Länder die Einhaltung verschiedener Vergabevorschriften notwendig sein. Die Konsequenzen sollen im Folgenden aufgezeigt werden.

¹ https://www.bundesamtsozialesicherung.de/fileadmin/redaktion/Krankenhauszukunftsfonds/20201201_Foerdermittelrichtlinie.pdf



Anwendbare Gesetze und Vergabevorschriften

Nach juristischer Prüfung durch unsere Kanzlei für Vergaberecht (**"BLOMSTEIN"**) sind wir zu dem Schluss gekommen, dass mit dem Krankenhauszukunftsgesetz (**"KHZG"**) im Rahmen des Zuwendungsrecht höchstwahrscheinlich nahezu alle Krankenhäuser zur Ausschreibung des digitalen Patientenportals verpflichtet werden.

Mit den Förderbescheiden werden die Länder aller Voraussicht nach bei Überschreiten eines vom Land gewählten Schwellenwertes auf eine unter-schwellige Vergabeordnung verweisen - wahrscheinlich die Unterschwellenvergabeordnung (**"UVgO"**), manchmal auch die veraltete „Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Abschnitt A“ (**"VOL/A"**).

Rein rechtlich können diese Festlegungen sogar individuell für einen Bescheid festgelegt werden, auch wenn davon auszugehen ist, dass auf Landesebene für das KHZG ein einheitliches Vorgehen gesucht wird. Daher bleibt eine abschließende Prüfung aber immer individuell. Daneben sind Krankenhäuser mit öffentlichen Trägern ohnehin an das GWB-Vergaberecht gebunden. Bei Erreichen oder Überschreiten der EU-Schwellenwerte ist ein Vergabeverfahren nach dem GWB für das digitale Patientenportal vorzunehmen.

Je nach Trägerschaft des Krankenhauses wird damit das folgende Vergabeverfahren relevant:

Vergabeordnung	Träger
Keine Vergabe	Private Träger und freigemeinnützige Träger unterhalb des im Zuwendungsbescheid definierten Schwellenwerts
UVgO oder VOL/A	Private und freigemeinnützige Träger Öffentliche Träger unter EU-Schwellenwert
GWB + [UVgO oder VOL/A]	Öffentliche Träger „über“ EU-Schwellenwert



Vorrang der Losaufteilung



In jeder dieser drei Vergaberegime gilt grundsätzlich der Vorrang der Losaufteilung. Dies soll im Sinne des Gesetzgebers der Förderung und dem Schutz von mittelständischen Interessen dienen.

Für Vergaben „oberhalb“ des Schwellenwerts von 214.000 Euro ist dies in § 97 Abs. 4 GWB i.V.m. § 30 Vergabeverordnung (VgV) geregelt.

Für die UVgO ist der Vorrang der Losaufteilung in § 22 Abs. 1 UVgO statuiert.

In der veralteten VOL/A wird die Regelung der losweisen Vergabe entsprechend in § 2 Abs. 2 VOL/A geregelt.

Die Verpflichtung zur Losaufteilung ist anschaulich im Gesetzestext des § 97 Abs. 4 GWB dargelegt:

*“(4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. **Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.** Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.”*

Mit der Förderrichtlinie wird der Tatbestand des digitalen Patientenportals in drei Untertatbestände aufgeteilt. Wenn man die MUSS-Kriterien, die in der folgenden Tabelle (Seiten 7 und 8) dargestellt sind, jedoch genauer betrachtet, so zeigt sich ganz deutlich, dass das Aufnahme- und Behandlungsmanagement eine Einheit bilden und das Entlassmanagement eine Weitere. Ersteres konzentriert sich auf ein für den Kontakt mit dem **Patienten** ausgerichtetes Portal, während letzteres sich auf interne Klinikprozesse **für Mitarbeiter** sowie **rein technische Anforderungen** konzentriert. Beide Teile sind also thematisch getrennt. Daher kommen zwei Fachlose in Betracht.:



MUSS-Kriterien für Digitales Aufnahmemanagement nach 4.3.2.1 der Förderrichtlinie

Die Lösung muss..

Es den **Patientinnen und Patienten** oder deren vorgelagerten Leistungserbringern ermöglichen, Termine für ambulante Versorgungsleistungen (u.a. Untersuchungen im Rahmen der Vor- und Nachsorge), online zu vereinbaren sowie für die teil- und vollstationäre Behandlung online anzufragen und abzustimmen. Dies schließt Leistungen der spezialärztlichen Versorgung (ASV) im Krankenhaus nach § 116b SGB V mit ein, sofern diese durch das Krankenhaus angeboten werden.

Es den **Patientinnen und Patienten** ermöglichen, eine Anamnese digital von zu Hause aus durchzuführen.

Es den **Patientinnen und Patienten** ermöglichen, ihre Behandlungsunterlagen sowie weitere zur Aufnahme und Behandlung relevante Daten und Unterlagen, insbesondere den bundeseinheitlichen Medikationsplan (Barcode-Scan zur strukturieren Weiterverarbeitung), vorab online hochzuladen, oder im Rahmen einer vom Patienten oder der Patientin digital erteilten temporären Berechtigung (Consent) den Zugriff auf diese Daten (z. B. in einer existierenden elektronischen Akte) durch den Behandler ermöglichen.

Es den **Patientinnen und Patienten** ermöglichen, online Antworten zu den häufigsten Fragen eines Krankenhaus-Aufenthalts zu finden.

Es vorgelagerten Leistungserbringern ermöglichen, Überweisungsscheine bereits vorab online der Klinik zukommen zu lassen.

Es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Aufnahmemanagements ermöglichen, den Patientinnen und Patienten Nachrichten schicken zu können.

Es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Aufnahmemanagements ermöglichen, eine Anamnese auch digital in der Klinik vorzunehmen.

Schnittstellen zu bestehenden KIS und/ oder ERP-Systemen vorweisen, sodass die digital erfassten Daten der **Patientin / des Patienten** auch für nachgelagerte organisatorische Prozesse, sowie Prozesse der Ressourcenplanung (z. B. Personalplanung oder Bettenmanagement) automatisch und interoperabel zur Verfügung stehen.



MUSS-Kriterien für Digitales Behandlungsmanagement nach 4.3.2.2 der Förderrichtlinie

Die Lösung muss..

Es den **Patientinnen und Patienten** auf ihrem eigenen Endgerät ermöglichen, sich während ihres Aufenthaltes im Krankenhaus zurecht zu finden (mindestens zu örtlichen Gegebenheiten, Ansprechpersonen).

Es den **Patientinnen und Patienten** auf ihrem eigenen Endgerät ermöglichen, sich über ihre Behandlung, beispielsweise in Form von Aufklärungsvideos, zu informieren, und vorab Fragen zur späteren Klärung zu notieren.

Es den **Patientinnen und Patienten** ermöglichen digitale Behandlungstagebücher auf ihrem eigenen Endgerät zu führen.

Es den **Patientinnen und Patienten** auf ihrem eigenen Endgerät ermöglichen, Erinnerungen an Untersuchungstermine im Laufe ihres Aufenthaltes zu erhalten.

Es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch eine mobile und digitale Visite ermöglichen, schneller auf relevante Informationen, insbesondere im KIS/KAS und Patientendatenmanagementsystem, zugreifen zu können.

Die Speicherung von Daten der **Patientinnen und Patienten** in deren elektronischer Patientenakte nach § 341 SGB V ermöglichen.

MUSS-Kriterien für Digitales Entlassmanagement nach 4.3.2.3 der Förderrichtlinie

Einen strukturierten Datenaustausch zwischen Leistungserbringern und die Bereitstellung von Dokumenten auf Basis anerkannter Standards an nachgelagerte Leistungserbringer (z. B. bzgl. der Medikamenteneinnahmen, Hinweisen zur Ernährung, Einschränkungen der körperlichen Belastbarkeit, notwendigen Kontrolluntersuchungen, Ansprechpartner bei Komplikationen oder pflegerische Fragen, etc.) ermöglichen.

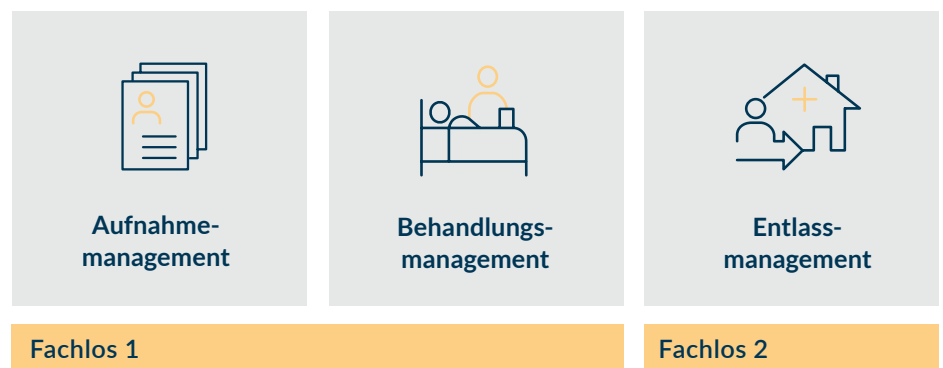
Es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ermöglichen, auf Basis einer digitalen Plattform innerhalb eines Netzwerkes von ambulanten und stationären Pflege- oder Rehabilitationsanbietern den Versorgungsbedarf ihrer Patientinnen und Patienten melden zu können und mit Hilfe der digitalen Plattform innerhalb eines Netzwerkes zeitnah Rückmeldung hinsichtlich passender freier Kapazitäten zu erhalten.

Die Speicherung von Daten der Patientinnen und Patienten in deren elektronischer Patientenakte nach § 341 SGB V ermöglichen sowie (auf Wunsch des Patienten und/ oder berechtigten Angehörigen) auch in andere digitalen Akten bereitgestellt werden können.

[Anmerkung: Auch wenn hier die Formulierung Patientinnen und Patienten verwendet wird, so handelt es sich bei diesem Kriterium eine rein technische Anforderung]




Damit erscheint im Einklang mit dem gesetzlichen Vorrang der Losaufteilung die Vergabe des Patientenportals in zwei Fachlosen sinnvoll. Je nach Betrachtungsweise kann man ggf. auch zu dem Schluss von einer noch feingliedrigeren Unterteilung kommen.



Ausnahmeregelungen vom Vorrang der Losaufteilung existieren, müssen aber hinreichend begründet werden.

Grundsätzlich ist eine Gesamtvergabe ausnahmsweise dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Die Beweislast für die Ausnahmeregründe trägt der öffentliche Auftraggeber:



Ausnahmen

- Unwirtschaftliche Zersplitterung / Unverhältnismäßige Kostennachteile
- Fehleranfälligkeit und Koordinationsaufwand bei zu integrierender Hard- und Software („Schnittstellen-Problematik“)
- Gründe zeitlicher, logistischer, sicherheitstechnischer etc. Art



In unserer Betrachtung liegen jedoch im Fall des digitalen Patientenportals keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe vor, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen würden. Die vergaberechtliche Rechtsprechung im IT-Bereich hat die Ausnahmenvorschriften jüngst sehr streng ausgelegt (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20). Vor diesem Hintergrund lassen sich gesamthafte Vergaben bei Digitalisierungsprojekten nicht mehr ohne weiteres durch Hinweise auf Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, Umstellungsaufwände oder getrennte Verantwortlichkeiten rechtfertigen. Solche Probleme dürften beim digitalen Patientenportal aber auch gar nicht auftreten. Weder die KHSFV, noch die Förderrichtlinie, noch klinische Prozesse sehen komplexe Schnittstellen zwischen dem Portalteil "Aufnahme- und Behandlungsmanagement" und dem Portalteil "Digitales Entlassmanagement" vor. Das rührt daher, dass es für den erfolgreichen klinischen Einsatz des digitalen Entlassmanagements viel wichtiger ist, eine gute Integration in das KIS des Krankenhauses zu haben, als zu den anderen Portalbestandteilen. Im Zweifelsfall kann über das KIS auch jeglicher notwendiger Dokumentenaustausch stattfinden und so von einem Teil des Portals in das andere übertragen werden, sodass eine Schnittstelle zwischen dem Portalteil "Aufnahme- und Behandlungsmanagement" und dem Portalteil "Digitales Entlassmanagement" nicht notwendig ist. Aufnahme- und Behandlungsmanagement hingegen sollten gemeinsam in einem Los vergeben werden. Bei einer Losaufteilung würden sonst zwei Oberflächen gegenüber dem Patienten und somit eine durchaus hohe technische und praktische Komplexität entstehen.

Krankenhäuser sollten aus unserer Sicht also das Patientenportal in mindestens zwei getrennte Lose aufteilen. Bei einer Gesamtvergabe des Patientenportals besteht das Risiko, dass das Vergabeverfahren angegriffen oder in letzter Konsequenz die KHZG-Förderung zurückgefordert wird.

Diese natürliche Aufteilung in zwei Lose wird auch von der derzeitigen Marktlage gestützt - im Markt finden sich primär Unternehmen, welche sich jeweils nur auf den Teil "Digitales Aufnahme- und Behandlungsmanagement" (z. B. doctolib, m.doc, samedi, bewatec) oder auf den Teil "Digitales Entlassmanagement" (zB. recare) spezialisiert haben. Mit der Aufteilung in zwei Lose werden auch der Wille des Gesetzgebers erfüllt - nämlich die Förderung mittelständischer Interessen.



Wirtschaftliche Betrachtung



Die Unterteilung des Patientenportals in zwei Fachlose ist jedoch nicht nur vergaberechtlich geboten, sondern auch wirtschaftlich.

Die zwei Fachlose unterscheiden sich signifikant in der Natur der Anforderung an die Leistung. Während es sich bei dem Fachlos für das Aufnahme- und Behandlungsmanagement großteilig um eine klassisch B2C bzw. B2B2C Applikation handelt, welche also von Patienten und Patientinnen genutzt werden soll, ist die Anwendung für digitales Entlassmanagement eine spezialisierte B2B Anwendung mit hohen technischen Anforderungen (z.B. mit Hinblick auf den strukturierten Datenaustausch zwischen Leistungserbringern). Außerdem bringen die MUSS-Kriterien für das Entlassmanagement aus 4.3.2.3 der Förderrichtlinie einen hohen operativen Aufwand mit sich. Für den Aufbau des Kapazitätenmarktplatzes muss eine Vielzahl von Leistungserbringern im relevanten Einzugsgebiet auf einer Plattform registriert werden. Die Betreuung dieser oft kleinen und fragmentierten Einrichtungen erzeugt einen enormen Aufwand - alleine im Bereich der ambulanten und stationären Pflege gibt es in Deutschland über 28.000 Einrichtungen.

Die gesamte Portallösung wird nach unserer Markterfahrung primär von größeren Konzernen angeboten, welche im Rahmen des Krankenhauszukunftsgesetzes das Versprechen der Programmierung des gesamten Portals aufstellen. Diese Konzerne haben aber im Vergleich zu spezialisierten Anbietern selbst keine oder kaum praktische Erfahrung mit dem Betrieb des Portals.

Da sich die Technologie auch nach der Förderung durch das KHZG selbst tragen muss, scheint der Einsatz einer erprobten Fachlösung sinnvoll, insbesondere wenn dies nicht mit zusätzlichen Schnittstellenaufwänden einhergeht.



Möglichkeiten der Direktvergabe



Die Möglichkeit der Direktvergabe wird im Detail in einem juristischen Memo in Anlage 1 an dieses Dokument thematisiert. Der folgende Text ist ein Auszug aus diesem Anhang und illustriert den Sachverhalt oberflächlich im Rahmen dieser Management Summary.

Es ist grundsätzlich vergaberechtlich zulässig, ein Produkt ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zu beschaffen, wenn bei dem Produkt eines bestimmten Unternehmens ein Alleinstellungsmerkmal vorliegt. In einem solchen Fall ist die Durchführung eines Wettbewerbs überflüssig, weil von vornherein nur ein einziges Unternehmen als Auftragnehmer in Betracht kommt. Kann aus technischen Gründen nur dieses Unternehmen den Auftrag erbringen, kann ihm der Zuschlag direkt erteilt werden. Bei Aufträgen, deren geschätzter Auftragswert die maßgeblichen Schwellenwerte gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB von EUR 214.000 (netto) erreicht oder überschreitet, folgt das aus § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV. Bei Aufträgen unterhalb dieses Schwellenwerts ist ein solches Vorgehen gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO zulässig.

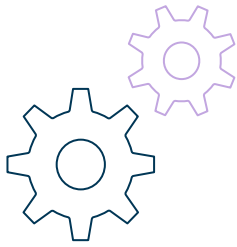
Eine Direktvergabe ist also „oberhalb“ der Schwellenwerte nach der Rechtsprechung dann zulässig, wenn ein Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe für die Deckung eines von ihm bestimmten Beschaffungsbedarfs hat. Ferner ist zu beachten, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung geben darf (§ 14 Abs. 6 VgV).

Im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO muss ebenfalls ein Alleinstellungsmerkmal des betroffenen Produkts vorliegen. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn auch die Anforderungen der vorstehenden Rechtsprechung erfüllt sind. Allerdings besteht in der UVgO nicht das Erfordernis der Prüfung vernünftiger Alternativen oder Ersatzlösungen wie in § 14 Abs. 6 VgV.

Der Auftraggeber kann das Vorliegen eines Alleinstellungsmerkmals durch eine sorgfältige Marktanalyse nachweisen, mit der er dokumentieren kann, dass tatsächlich nur ein Unternehmen zur Erbringung der nachgefragten Leistung in der Lage ist.



Zusammenfassung



Die Vergabe des Fördertatbestands 2 für das digitale Patientenportal in zwei Fachlosen erscheint vergaberechtlich notwendig und gleichzeitig vor dem Hintergrund einer erfolgreichen und nachhaltigen Implementierung in das Krankenhaus wirtschaftlich sinnvoll.

Demnach sollten Krankenhäuser die Vergabe beispielsweise wie folgt regeln:

Fachlos 1: Digitales Aufnahme- und Behandlungsmanagement (4.3.2.1 und 4.3.2.2 der Förderrichtlinie)

Fachlos 2: Digitales Entlassmanagement (4.3.2.3 der Förderrichtlinie)

Im Falle einer Aufteilung in zwei Fachlose kann außerdem die Möglichkeit einer Direktvergabe, insbesondere im Marktumfeld des digitalen Entlassmanagements in Erwägung gezogen werden, vorausgesetzt ein Klinikträger kann entsprechende Alleinstellungsmerkmale (vgl. Anlage 1) in einer Marktrecherche feststellen.





Anlagenverzeichnis

Anlage 1 - Vermerk zu vergaberechtlichen Alleinstellungsmerkmalen

Für Rückfragen,
Anmerkungen, Hinweise
und Diskussion stehen
wir gern jederzeit zur
Verfügung.

Ihre Ansprechpartner:

Maximilian Greschke
Geschäftsführer (CEO)

Moritz Küpper
Referent der Geschäftsführung

management@recaresolutions.com